Haftung des Nichtbenefizialerben gegenüber den separierenden Erbschaftsgläubigern.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät der Universität Erlangen

vorgelegt von

Ludwig Graumann,

Rechtspraktikant in Nürnberg.

Nürnberg.

Druck von J. L. Stich.

1896.

Haftung des Nichtbenefizialerben gegenüber den separierenden Erbschaftsgläubigern.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät der Universität Erlangen

vorgelegt von

Ludwig Graumann,

Rechtspraktikant in Nürnberg.

Nürnberg.

Druck von J. L. Stich.

1896.

Seinen lieben Eltern

gewidmet

vom Verfasser.

Einleitung.

Im Römischen Rechte galt das Universalsuccessionsprinzip mit der Folge, daß der Erbe nicht nur die Rechte, sondern auch die Verbindlichkeiten des Erblassers auf sich nehmen mußte. Die Folge war, daß durch den Erwerb einer überschuldeten Erbschaft einerseits der Erbe die empfindlichsten Nachteile erleiden, andererseits die Gläubiger des Verstorbenen durch den Antritt der Erbschaft seitens eines überschuldeten Erben schwer geschädigt werden konnten.

Der zunehmende Verkehr, sowie das sich entwickelnde Kreditwesen verlangten deshalb dringend einen Durchbruch des strengen Universalsuccessionsprinzipes.

Und dies geschah auch: Der ersten Unbilligkeit half man dadurch ab, daß man dem Delaten das spatium deliberandi gab, während dessen er sich die etwaigen Folgen seines Antrittes überlegen konnte; später, daß man ihn in die Möglichkeit versetzte, cum beneficio inventarii unter Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß, die Erbschaft anzutreten.

Der zweiten Unbilligkeit gegenüber griff das beneficium separationis helfend ein. Dasselbe gab den bedrohten Erbschaftsgläubigern die Befugnis, den Nachlaß vom Vermögen des Erben zwecks Befriedigung für ihre Forderungen zu sondern.

Es soll nun in Folgendem nicht eine erschöpfende Darstellung dieses letztgenannten Rechtsinstitutes stattfinden, sondern es soll hier lediglich die Frage einer Erörterung unterzogen werden: Haftet der Nichtbenefizialerbe, dem gegenüber die Erbschaftsgläubiger vom beneficium separationis Gebrauch gemacht haben, bei Insolvenz des Nachlasses den Erbschaftsgläubigern mit seinem eigenen Vermögen?

Hiebei haben wir folgende zwei Fälle ins Auge zu fassen:

I. Wie verhält es sich, wenn der Nachlaß insuffizient, der Erbe dagegen solvent ist?

II. Wie, wenn sowohl Nachlaß als Vermögen des Erben insuffizient sind?

Die Beantwortung der ersten Frage richtet sich nach den Normen des betreffenden Landrechtes, also im Gebiete des gemeinen Rechtes nach gemeinrechtlichen Normen; die Beantwortung der zweiten Frage bemißt sich nach den Bestimmungen der Reichs-Konkursordnung; denn die Rechtssätze, welche das bürgerliche Recht darüber enthält, sind als konkursrechtliche Norm aufgehoben nach § 4 des Einführungsgesetzes zur Reichs-Konkursordnung, und an deren Stelle sind die der Reichs-Konkursordnung getreten.

I.

Das gemeine Recht.

Im gemeinen Rechte ist die Frage bestritten. Der Grund der Meinungsverschiedenheit ist in den auseinandergehenden Ansichten von Ulpian und Paulus auf der einen und von Papinian auf der anderen Seite zu suchen, welche in die Kompilation l. 1 § 17, l. 5 und l. 3 § 2 D. 42, 6 de separationibus aufgenommen sind.

Die l. 1 § 17 lautet:

Ulpianus libro quarto ad edictum . . .

l. 17. Item sciendum vulgo placere creditores quidem heredis, si quid superfuerit ex bonis testatoris posse habere in suum debitum, creditores vero testatoris ex bonis heredis nihil. cuius rei ratio illa est, quod qui impetravit separationem, sibi debet imputare suam facilitatem, si cum essent bona idonea heredis, illi maluerint bona potius defuncti sibi separari, heredis autem creditoribus hoc imputari non possit. at si creditores defuncti desiderent, ut etiam in bonis heredis substituantur, non sunt audiendi. separatio enim,

quam ipsi petierunt, eos ab istis separavit; si tamen temere separationem petierunt, creditores defuncti, impetrare veniam possunt, justissima scilicet ignorantiae causa allegata.

In derselben führt der Jurist Ulpian ungefähr Folgendes aus: Es sei ein allgemein anerkannter Rechtssatz, daß den Gläubigern des Erben ein etwaiger Überschuß der Erbschaft zu Gute kommen solle (vorausgesetzt ist hier, daß das Erbenvermögen insuffizient ist), während den Erbschaftsgläubigern, welche um Separation nachgesucht haben, ein Rückgriff auf das Vermögen des Erben nicht zu gestatten sei. Eine Ausnahme sei nur für den Fall zuzulassen, daß das voreilige Vorgehen der Impetranten durch einen entschuldbaren Irrtum hervorgerufen sei, und diese deshalb im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die Separation rückgängig machen könnten.

Anders die l. 3 § 2 cit.:

Papinianus libro vicensimo septimo quaestionum . . . Sed in quolibet alio creditore, qui separationem impetravit, probari commodius est, ut si solidum ex hereditate servari non possit, ita demum aliquid ex bonis heredis ferat, si proprii creditores heredis fuerint dimissi, quod sine dubio admittendum est circa creditores heredis dimissis hereditariis.

Der Sinn dieser Stelle wäre ungefähr folgender: Es sei zu billigen, wenn die Nachlaßgläubiger im Nachgange der Gläubiger des Erben aus dem Vermögen des Erben befriedigt würden.

Dagegen l. 5 cit.:

Paulus libro tertio decimo quaestionum: Si creditores hereditarii separationem bonorum impetraverunt et inveniatur non idonea hereditas, heres autem idoneus, non poterunt reverti ad heredem, sed eo quod semel postulaverunt, stare debent. Sed si post impetratam separationem aliquid heres adquisierit, si quidem ex hereditate, admitti debebunt ad id quod adquisitum est illi, qui separationem impetraverunt: sed si illis satis factum superfuerit, quod superest, tribuetur propriis heredis creditoribus. at si ex alia causa heres adquisierit, non admittentur

hereditarii creditores. Quod si proprii ad solidum pervenerunt, id quod supererit, tribuendum hereditariis quidam putant. mihi autem id non videtur: cum enim separationem petierunt, recesserunt a persona heredis et bona secuti sunt et quasi defuncti bona vendiderunt, quae augmenta recipere non possunt. idemque existimo dicendum etiam circa separationem bonorum decepti minus consecuti sunt quam proprii heredis creditores. Proprii autem creditores heredis habent propria eius bona et personam, quae potest, donec vivit, adquirere.

In dieser Stelle versichert Paulus kategorisch, daß bei der von uns vorausgesetzten Sachlage die Nachlaßgläubiger sich nicht an das Vermögen des Erben halten können. Er verwirft sodann die Ansicht von Papinian, welche er referierend kritisiert. Auch für den Fall, daß sich die Nachlaßgläubiger verrechnet haben, schließt Paulus im Gegensatze zu Ulpian den Rückgriff auf das Vermögen des Erben aus.

Kurz zusammengefaßt haben wir also nach Paulus und Ulpian keinen Regreß auf das Vermögen des Erben, während Papinian denselben unter der Bedingung zuläßt, daß vorher die Gläubiger des Erben befriedigt sind.

Welche von beiden Ansichten gemeines Recht ist, ist dermalen äußerst kontrovers.

Zunächst ist es unsere Aufgabe, zu untersuchen, ob hier ein Widerspruch der Quellen anzunehmen ist, oder ob (und dann im Sinne welcher Stelle) eine Vereinigung der verschiedenen Stellen möglich ist.

Windscheid[1]) behauptet nämlich, daß hier ein Widerspruch vorliege; eine Vereinigung der Stellen scheine ihm nicht möglich; sie heben sich also gegenseitig auf; hiernach hätten wir über die vorliegende Frage in den Quellen keine maßgebende Entscheidung, und es sei dabei stehen zu bleiben, daß der Erbe durch den Antritt immerhin Schuldner der Erbschaftsgläubiger geworden sei.

Er setzt aber die Erbschaftsgläubiger, welche die Separation erlangt haben, den Gläubigern des Erben nach.

---

[1]) Windscheid, Pandekten, § 607 Anm. 10.

Das eigene, nicht ererbte Vermögen des Erben unterliegt dem Zugriffe der Erbschaftsgläubiger nur für den Überschuß, welcher nach Befriedigung der Gläubiger des Erben übrig bleibt.

Stellt man sich jedoch auf den Standpunkt, daß bei der nicht zu leugnenden Antinomie eine gesetzliche Vorschrift des römischen Rechtes nicht existiert, so läßt sich, wie Wolff[1]) ausführt, weder anerkennen, daß die Erbschaftsgläubiger durch Ausübung des Separationsrechtes ihren persönlichen Anspruch gegen den Erben verlieren, noch daß sie hinter andere Gläubiger zu stellen sind.

Allein gegen Windscheid läßt sich einwenden, daß eine Vereinigung der in Rede stehenden Stellen wohl denkbar ist, ganz abgesehen von der Vorschrift Justinians in der constitutio tanta § 15: Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet: sed estaliquid novum inventum vel occulte positum quod dissonantiae querelam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem.

Einen Schlüssel zur Beseitigung des Widerspruches gibt uns folgende Betrachtung:

Ulpian verneint in l. 1 § 17 den Rückgriff; Papinian gesteht ihn unter einer Beschränkung l. 3 § 2 cit. zu, Paulus verneint in l. 5 den Rückgriff.

Paulus handelt in l. 5 h. t. ex professo von der Frage und spricht sich mit aller Bestimmtheit darüber aus, daß die separiert habenden Erbschaftsgläubiger nicht auf das eigene Vermögen des Erben greifen können, auch nicht im Nachgange der eigenen Gläubiger des Erben. Die Aufnahme der gegenteiligen Meinung von Papinian in die Digesten l. 3 § 2 hat wohl darin ihren Grund, daß in der l. 5 die bestehende Meinungsverschiedenheit konstatiert ist und zur Illustration dieser Stelle angeführt werden wollte, daß Papinian anderer Meinung in dieser Richtung sei. Mit den Worten quod si proprii . . . . quidam putant, ist auf die l. 3 § 2 cit. hingewiesen. Ähnlich Arndts[2]): In l. 3 § 2 billigt Papinian nur zweifelnd, daß

---

[1]) Th. Wolff, Das Absonderungsrecht im Konkurse, Berlin 1892, S. 202 § 33 Anm. 4.

[2]) Arndts, Pandekten, § 524 Anm. 3.

der separierende Gläubiger eventuell auch noch aus dem nach Befriedigung aller Gläubiger des Erben bleibenden Überschusse des eigenen Vermögens desselben Befriedigung suchen könne, entschieden behauptet er nur, daß dieses Recht den Gläubigern des Erben bezüglich des Überschusses des aktiven Erbvermögens zustehe, in l. 5 dagegen verwirft sein jüngerer Zeitgenosse Paulus das erste ganz entschieden und mit Begründung.

Auch Dernburg[1]) versucht den Widerspruch der Quellen zu lösen; er erklärt ihn historisch, dem Grundsatze entsprechend, daß der Erbe an sich Schuldner der Nachlaßgläubiger geworden ist, glaubte ihn die Jurisprudenz ursprünglich seiner persönlichen Haftung trotz des Separationsgesuches der Erbschaftsgläubiger nicht entbinden zu können. Auf diesem Standpunkte stand nach Papinian, welcher sich daher nur für eine Beschränkung der Rechte der Nachlaßgläubiger aussprach l. 3 § 2 D. 42,6. Paulus dagegen in der l. 5 D. eodem, wie auch Ulpian in der l. 1 § 17 D. eodem gingen weiter und behandelten mit Recht das Separationsgesuch des Gläubigers als Verzicht auf die persönliche Inanspruchnahme des Erben.

Daß die Worte der l. 3 § 2 „quod si proprii adsolidum .... quidam putant“ in dem von uns erörterten Sinne gedeutet werden, dagegen nimmt Schmid[2]) Stellung, indem er ausführt, der Passus quod si u. s. w. beziehe sich nur auf den Satz at si ex alia causa heres adquisierit, non admittentur heredis creditores, d. h. nur auf den nach erfolgter Separation gemachten Erwerb.

In Anmerkung 22 l. c. sagt er:

Mit der l. 3 § 2 cit. stehe auch die l. 5 D. eodem in den Worten Sed si post impetratam . . . bis zum Schlusse nicht in Widerspruch, denn es sei hier nur von dem nach erfolgter Separation und nicht aus den Erbschaftsgütern gemachten Erwerb des Erben die Rede, und von diesen seien die Separatisten aus dem Grunde ausgeschlossen, weil nach eingetretener Separation jede Verbindung mit der Person des Erben und daher auch jeder

---

[1]) Dernburg, Pandekten III, § 170 Note 11.

[2]) Schmid, Gemeiner deutscher Zivilprozeß, Bd. III § 209 S. 195 ff.

Anspruch auf den ferneren von ihm nicht aus den Erbschaftsgütern gemachten Erwerb aufgehoben sei. Daß aber auch ein Anspruch derselben auf Befriedigung aus den schon während ihrer Verbindung mit dem Erben zum Vermögen desselben gehörigen Gütern, nachdem die Forderungen der eigenen Gläubiger des Erben gedeckt seien, nicht stattfinden solle, sei damit nicht gesagt.

Es soll demnach — abgesehen von dem nach erfolgter Separation erfolgten Erwerb — gemäß l. 3 § 2 zu entscheiden sein. Schmid kommt sonach dazu, den Erben haften zu lassen lediglich mit dem Vermögen, welches er zu der Zeit hat, da die Erbschaftsgläubiger ihr Separationsgesuch stellen. Diese Auslegung der l. 5 cit. entbehrt jedoch völlig des inneren Grundes. Entweder haftet der Erbe persönlich, weil er Erbe geworden, oder er haftet nicht persönlich, sondern nur mit dem Nachlaß, weil die Erbschaftsgläubiger separiert haben. Wenn er jedoch persönlich haftet, so haftet er nach den allgemeinen Grundsätzen mit seinem ganzen jeweiligen Vermögen, und es kann dann nicht unterschieden werden zwischen dem Vermögen des Erben, welches er vor der Trennung besessen hat, und demjenigen, welches er nach der Trennung erworben hat, wie dies Schmid thut.

Zu einem ähnlichen Resultat wie Windscheid kommt auch Wendt[1]). — Er gibt der „milderen" Meinung Papinians den Vorzug und begründet dies damit, daß schließlich auch Ulpian zu demselben Resultate kommt, wenn er zur Aufhebung der separatio bonorum Restitution zuläßt und dies schon von Irrtumswegen gewähren will.

Mit Recht kritisiert dies Örtmann[2]), indem er die Milde Papinians, welche Wendt so rühmt, eine verkehrte Milde gegen den einen, eine unbillige Härte gegen den andern nennt.

Und dann, wie ist die widersprechende Stelle von Paulus zu erklären? Der Schlußfolgerung von Wendt ist nicht beizupflichten; denn wenn auch Ulpian in l. 1 § 17 cit. zu einem ähnlichen Ergebnisse kommt wie Papinian, d. h., wenn er zugibt, daß ausnahmsweise ein Rückgriff statthabe, so kann

[1]) Wendt, Pandekten, § 376.
[2]) Ortmann, in Grünhuts Zeitschrift XVII, S. 320.

man nicht sagen, daß diese Ausnahme zur Regel wird, eben angesichts der l. 5 cit. von Paulus. Die l. 3 § 2 will — das können auch wir zugeben — weiter nichts besagen als: Wenn überhaupt ein Rückgriff stattfindet, so erstreckt er sich nur auf den Rest des nicht ererbten Vermögens des Erben, welches nach Satisfaktion der Gläubiger desselben übrig bleibt.

Mit Brinz[1]) wird zu behaupten sein, daß Papinian in der l. 3 § 2 cit. nicht der Meinung zu sein braucht, daß grundsätzlich das Gegenteil von dem gelte, was grundsätzlich gemeinsam von seinen beiden Assessoren Paulus und Ulpian ausgesprochen worden ist. Papinian wird vielmehr nur meinen, daß der Rückgriff keinesfalls auf mehr als den Überschuß, nicht daß er stets statthabe.

Ein solcher Fall, in welchem ausnahmsweise Wiederaufhebung der Separation stattfindet, und infolge dessen auch ein bedingter Rückgriff, ist in der l. 1 § 17 angeführt. Darauf weist Seuffert[2]) hin, wenn er sagt, daß bei Insuffizienz der Erbschaft die Gläubiger, welche die Absonderung verlangt haben, grundsätzlich an das Vermögen des Erben keinen Anspruch machen können, ausgenommen, wenn sie wegen eines entschuldbaren Irrtums gegen die Absonderung restituiert werden und die eigenen Gläubiger des Erben schon befriedigt sind.

Damit dürfte bewiesen sein, daß aus der Übereinstimmung Papinians und Ulpians keine Handhabe dafür genommen werden kann, daß das in l. 5 § 2 cit. aufgestellte Prinzip als das von den Kompilatoren rezipierte anzusehen ist. Dasselbe gilt nur, wie schon oben bemerkt, subsidiär für den Fall, wo der Rückgriff überhaupt zulässig ist.

Es wäre mithin wohl das Richtige, die Ansicht von Paulus als rezipiert zu betrachten.

Damit stimmt auch Schweppe[3]) überein, der die separierenden Erbschaftsgläubiger um deswillen sich nicht weiter an den Erben halten läßt, weil sie die Qualität des Erben aufgehoben haben.

---

[1]) Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. III 1 § 398 Note 15.

[2]) J. A. Seuffert, Praktisches Pandektenrecht.

[3]) Schweppe, System des Konkurses der Gläubiger, § 147.

Auch Keller[1]) entscheidet in demselben Sinne: „Wenn die Erbschaftsgläubiger separieren, so verlieren sie jeden Anspruch an den Erben und sein Vermögen für das etwa aus der Erbschaft nicht Erhältliche, selbst wenn der Erbe solvent wäre, und nur Gründe, wie sie zur in integrum restitutio hinreichen, können eine Ausnahme hievon rechtfertigen." Ebenso auch Arndts, § 524; Puchta, § 509.

Auch innere Gründe sprechen für die von uns vertretene Ansicht: Wie würde es sich verhalten, wenn man der Meinung Papinians huldigen würde? Dadurch, daß die Nachlaßgläubiger vom beneficium separationis Gebrauch gemacht haben, haben sie zu erkennen gegeben, daß sie mit dem Erben als solchem nichts zu schaffen haben wollen. Dadurch haben sie gewissermaßen Zweifel in seine Zahlungsfähigkeit gesetzt, ihm ein Mißtrauensvotum gegeben, und die nämlichen Gläubiger, welche durch ihre Handlungsweise den Erben vielleicht in seinem Kredit schwer geschädigt haben, sollen dann noch obendrein an den Erben sich halten können? „Was wäre widerspruchsvoller, ja unverschämter (die separatio bonorum ist nicht schmeichelhaft für den Erben), als wenn jener nach erschöpftem Nachlasse den verschmähten Erben, dessen Schuldnerschaft er solenn abgelehnt hat, belangen wollte?"[2]). Mit Recht sagt Dernburg[3]): Nachdem die Erbschaftsgläubiger den Erben als ihren Schuldner zurückgewiesen und ihm den Nachlaß entzogen haben, fordere es die Konsequenz, daß dieser von ihnen befreit sei.

II.

Das Wesen des Separationsrechtes.

In diesem Kapitel soll mit Rücksicht auf die im nächsten Kapitel zu besprechende Regelung unserer Streitfrage in der Konkursordnung die rechtliche Natur des Separationsrechtes — soweit das hier in Betracht kommt — besprochen werden. Dem Separationsrechte, wie es Paulus schildert, ist eigentümlich,

[1]) Keller, Pandekten, § 536.
[2]) Hoffmann, in Grünhuts Zeitschrift VIII, S. 574.
[3]) Dernburg, Pandekten, 3. Auflage, III, § 170 Abs. 5.

daß das Vermögen des Erben in zwei selbständige Massen geteilt gedacht wird, — Masse des ererbten und Masse des nicht ererbten Vermögens, von welchen eine jede Masse als ein in sich geschlossenes Ganze angesehen wird. Vgl. hiezu Dernburg[1]) welcher ausführt, die Erbschaft müsse noch in vielen und wichtigen Beziehungen als eine Einheit, ein Sondervermögen behandelt werden; als ein solches Sondervermögen erscheine sie im Falle der Separation auf Antrag der Erbschaftsgläubiger.

Von diesen beiden Massen soll eine jede zur ausschließlichen Befriedigung einer bestimmten Gruppe von Personen verwendet werden, die Masse des Nachlasses ausschließlich für die Nachlaßgläubiger, die Masse des nicht ererbten Vermögens für die Gläubiger des Erben unter Ausschluß der Nachlaßgläubiger.

Von unserem Standpunkte, dem des Paulus, wirkt die Geltendmachung des Separationsrechtes von Seiten der Erbschaftsgläubiger in der Weise, daß diesen für ihre Forderungen lediglich der Nachlaß haftet, mithin ähnlich, wie wenn der Erbe cum beneficio inventarii angetreten hätte.

Auch hier beim beneficium separationis tritt uns die im Inventarrechte vielbestrittene Frage entgegen, ob die Beschränkung der Haftung des Erben, soferne ihm die Rechtswohlthat beschränkter Haftung zur Seite steht, eine quantitative, durch den Wert der Nachlaßaktiva bestimmte, oder eine gegenständliche, den Nachlaßgläubigern nur die Nachlaßstücke zur Exekution freilassende sei. Das Reichsgericht hat diese Streitfrage in einer gemeinrechtlichen Sache Bd. I, S. 98 für die Benefizialerben dahin entschieden, daß dieselben, da infolge des beneficium inventarii eine völlige Verschmelzung der Erbschaft mit eigenem Vermögen des Erben nicht eintritt, nicht unbeschränkt mit ihrem ganzen Vermögen, sondern nur mit der Erbschaft für die Erbschaftsschulden haften, und daß die Erbschaftsgläubiger zum Zwecke ihrer Befriedigung zunächst nur die zur Erbschaft gehörenden Vermögensstücke angreifen dürfen. Allerdings kann die Vollstreckung in das eigene Vermögen der Benefizialerben dann zulässig werden, wenn der Benefizialerbe sich durch Disposition über den Aktivnachlaß den Erbschaftsgläubigern persönlich verantwortlich gemacht hat.

---

[1]) Dernburg, Pandekten, 3. Aufl., III, § 169.

Diese Regelung der Haftung des Erben dürfen wir wohl analog auf alle diejenigen Fälle ausdehnen, wo infolge des Umstandes, daß keine Verschmelzung des Nachlasses mit dem Erbenvermögen eintritt, die Haftung des Erben für die Nachlaßschulden auf den Nachlaß beschränkt bleibt, insbesondere aber auf unsern Fall, wo eine völlige Sonderung des Nachlasses vom Erbenvermögen eintritt. Und obige Entscheidung können wir für unseren Fall um so mehr acceptieren, als bei der Beschränkung der Haftung des Erben auf den Nachlaß den Nachlaßgläubigern eine Handhabe geboten werden muß, um sich gegen nachteilige Verfügungen des Erben über den Nachlaß schadlos zu halten.

Zwischen dem Falle, in welchem der Erbe Benefizialerbe ist, und dem Falle, wo die Nachlaßgläubiger das beneficium separationis erwirken, besteht ein Unterschied insoferne, als der Benefizialerbe die Gläubiger des Erblassers ohne Rücksicht auf ihr etwaiges Vorrecht und auf die Zulänglichkeit des Nachlasses, wie sie sich melden, voll befriedigt, während für die absondernden Gläubiger ein förmliches Verteilungsverfahren stattfindet, sei es das Verteilungsverfahren gemäß § 758 ff. C.-P.-O., oder sei es, daß über den insuffizienten Nachlaß der Konkurs verhängt wird.

Nach Papinian steht auch das nicht ererbte Vermögen dem Zugriffe der Erbschaftsgläubiger offen mit der Maßgabe jedoch, daß lediglich der Rest des nicht ererbten Vermögens, welches nach erfolgter Satisfaktion der eigenen Gläubiger des Erben übrig bleibt, den Nachlaßgläubigern zur Disposition steht.

Dem Papinianschen Separationsrechte ist mithin die Postlokation der Erbschaftsgläubiger hinter die Gläubiger des Erben — was den Zugriff der ersteren auf das nicht ererbte Vermögen des Erben anlangt — wesentlich; ebenso ist aber diesem Separationsrechte auch die völlige Trennung des Nachlasses vom nicht ererbten Vermögen des Erben wesentlich.

Es versteht sich jedoch auch vom Standpunkte der von uns vertretenen Ansicht des Paulus aus, daß gleichwohl der Erbe von den separiert habenden Erbschaftsgläubigern noch in Anspruch genommen werden kann,

1. wenn er nämlich hinterher noch etwas ex hereditate oder als Erbe erwirbt, oder

2. soweit er Schuldner des Erblassers war oder hinterher geworden ist dadurch, daß er Nachlaßsachen für sich verwertet hat.

Auf einen besonderen Fall mag hier vorweg hingewiesen werden, welchen Papinian in l. 3 pr. und § 1 D. 42,6 bespricht. Die Stellen lauten:

Papinianus libro vicensimo septimo quaestionum. — Debitor fideiussori heres extitit eiusque bona venierunt: quamvis obligatio fideiussionis extincta sit, nihilo minus separatio imperabitur petente eo, cui fideiussor fuerat obligatus, sive solus sit hereditarius creditor sive plures. neque enim ratio juris, quae causam fideiussionis propter principalem obligationem, quae maior fuit exclusit, damno delet adficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat. § 1 Quid ergo, si bonis fideiussoris separatis solidum ex hereditate stipulator consequi non possit? utrum portio cum ceteris heredis creditoribus ei quaerenda erit an contentus esse debebit bonis, quae separari maluit? sed cum stipulator iste non adita fideiussoris a reo hereditate bonis fideiussoris venditis in residuum promisceri debitoris creditoribus potuerit, ratio non patitur, cum in proposito summoveris.

Eine Schuld ist verbürgt. Der anscheinend solvente Bürge ist gestorben und vom insolventen Hauptschuldner beerbt. Die Erbschaftsgläubiger und so auch der Inhaber der verbürgten Forderung hat vom beneficium separationis Gebrauch gemacht, aber nicht volle Befriedigung aus dem Nachlasse des Bürgen erzielt. Kann der letztere noch auf das Vermögen des Hauptschuldners greifen? Die Frage ist unzweifelhaft zu bejahen, auch vom Standpunkte des Paulus aus. Der Erbe haftet als Hauptschuldner, ganz abgesehen von seiner Qualität als Erbe. In solcher Weise wird auch die Frage in unserer Stelle entschieden.

Was die Fälle anlangt, wo der Erbe von den separiert habenden Erbschaftsgläubigern gleichwohl noch in Anspruch genommen werden kann, möge folgendes zur Illustration dienen:

ad 1. In der Erbmasse hatte sich ein Loos befunden, welches von den separierenden Erbschaftsgläubigern übersehen worden war. Das Loos wird demnächst mit einem hohen Treffer

gezogen. Der Erbe muß den Gewinn an die Erbschaftsgläubiger hinausbezahlen.

Oder eine Erbschaft gelangt im Transmissionswege nach eingetretener Separation an den Erben. Es wird hier wohl l. 27 (28) § 2 D. ad. S. C. Trebellianum 36,1 analog angewendet werden müssen. Die l. 27 (28) § 2 cit. lautet:

Qui suspectam sibi hereditatem dicit, nullum commodum ex testamento consequetur, quod habiturus non esset, si heres institutus non fuisset aut non adisset. et ideo si pupillo substitutus fuerit itaque: „quisquis mihi heres erit, idem filio meo heres esto“ hereditatem, quae ex substitutione ad eum pervenerit, restituere cogendus erit. si vero detracto hoc articulo „quisquis mihi heres erit“ substitutus ita fuerit: Titius filio meo heres esto, tum, si solus patri heres extiterit, nihilo minus cogendus erit, hereditatem pupilli restituere, si vero coheredem habuerit, retinebit pupilli hereditatem, quia potuit coherede adeunte, quamvis ipse patris omisisset hereditatem, ex substitutione adire.

In der Stelle sagt Julian: Es ist jemand zum Erben eingesetzt und mit einem Universalvermächtnis belastet. Er schlägt aus. Der Universalvermächtnisnehmer hat ihn zum Erbschaftsantritte gezwungen. In solchem Falle hat der Universalvermächtnisnehmer ein Recht darauf, daß ihm der Fiduziar die Erbschaft herausgebe; ja, er muß sogar eine ihm hinterher zufallende Pupillarerbschaft herausgeben, soferne die Pupillarsubstitution lediglich wirksam geworden ist infolge des erzwungenen Erbschaftsantrittes.

Der gezwungene Erbe verliert also die Erbschaft, die er gezwungen antritt, sowie alle die Vorteile, welche ihm aus der Thatsache, daß er, obwohl gezwungen, Erbe geworden, etwa erwachsen.

In ähnlicher Lage wie der gezwungene Erbe dem Universalvermächtnisnehmer gegenüber befindet sich der Erbe, dem gegenüber das beneficium separationis geltend gemacht wurde, im Verhältnisse zu den separierenden Erbschaftsgläubigern, wenn nämlich die separierte Erbschaft insuffizient war.

Darnach wird der Erbe wohl die im Transmissionswege erworbene Erbschaft an die separierenden Erbschaftsgläubiger ausantworten müssen; denn infolge davon, daß der Erbe die separierte Erbschaft angetreten hat, wird ihm die Transmissionserbschaft deferiert, d. h. er wird in die Möglichkeit versetzt, die transmittierte Erbschaft zu erwerben. Tritt er diese dann an — gezwungen werden kann er hiezu freilich nicht — so erscheint der Erwerb der Transmissionserbschaft als eine, wenn auch indirekte Folge davon, daß er Erbe der ersten, der separierten Erbschaft geworden.

Bei dieser Sachlage haben wir drei Vermögensgruppen zu unterscheiden: das nicht ererbte Vermögen des Erben, welchen wir mit A, die separierte Erbschaft, deren Erblasser wir mit B, und die transmittierte Erbschaft, deren Erblasser wir mit C bezeichnen wollen.

Haben nun die Gläubiger der Transmissionserbschaft vom beneficium separationis Gebrauch gemacht, und die Transmissionserbschaft ist insuffizient, so kommt an den Erben A nichts und ebensowenig an die Gläubiger des B, da die Transmissionserbschaft ganz den Gläubigern des C auszuantworten ist.

Ist dagegen die Transmissionserbschaft suffizient, so kommt der Rest, der nach Befriedigung der absondernden Transmissionserbschaftsgläubiger übrig bleibt, dem Transmissar A zu gute; allein dieser Rest der Transmissionserbschaft erscheint als adquisitio ex hereditate des B, dessen Gläubiger die Separation erwirkt haben, und es muß deshalb A den Rest der Transmissionserbschaft an die separierenden Gläubiger des B herausgeben; bleibt nach Befriedigung dieser letzteren noch etwas übrig, so fällt das in das Vermögen des A.

Haben dagegen in dem vorwürfigen Beispiele lediglich die Gläubiger des B Separation erwirkt, so würde an sich der Nachlaß des C in das Vermögen des A fallen; allein da sich dieser Erwerb als eine adquisitio ex hereditate des B qualifiziert, muß der Nachlaß des C den separierenden Gläubigern des B überlassen werden, während den Gläubigern des C lediglich das Vermögen des A haftet. Das kann allerdings zu sehr unbilligem Resultate führen.

Nehmen wir an, der Nachlaß des C enthalte 10000 Nachlaßaktiven, 7000 Passiva. Gläubiger seien K und L. Der Nachlaß des B enthalte 4000 Aktiva, 13000 Passiva. Gläubiger seien M und N. Das Vermögen des A betrage 3000. B, welchem die Erbschaft des C deferiert war, starb, bevor er dieselbe antrat. A trat die Erbschaft des B und demnächst die des C an. M und N haben Separation erwirkt.

In diesem Falle müßte dann A die 10000 aus dem Nachlasse des C den separierenden Gläubigern des B, den M und N ausantworten. M und N würden trotz der Insolvenz ihres Schuldners volle Satisfaktion erhalten, während K und L, trotzdem ihr Schuldner solvent gewesen, unter Umständen leer ausgehen könnten — in unserem Falle allerdings erhalten sie 4000, nämlich das, was sie von dem Erben A, der durch den Erbschaftsantritt ihr persönlicher Schuldner geworden, erlangen können.

Diese Lösung erscheint allerdings als eine sehr harte; allein jura sunt vigilantibus scripta, K und L hätten eben ihrerseits Separation erwirken müssen.

ad 2. Soweit bona fide die Erbschaft veräußert ist, greift, wenn die ganze Erbschaft veräußert ist, l 2 D 42,6 Platz:

Papinianus libro vicensimo quinto quaestionum: Ab herede vendita hereditate separatio frustra desiderabitur, utique si nulla fraudis incurrat suspicio: nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent.

Doch kommt in Frage, ob nicht, wenn der Kaufpreis noch ausständig ist, die bezügliche actio empti des Erben von den Erbschaftsgläubigern surrogatweise in Anspruch genommen werden kann, kraft Separationsrechtes. Die Frage ist bejaht in Art. 87 des bayerischen Ausführungsgesetzes zu Reichs-Zivilprozeß- und Konkursordnung [1]).

Wir wollen aber annehmen, daß einzelnes bona fide veräußert und der Kaufpreis vom Erben eingezogen ist; hier wird der Erbe bis zum Betrage des Erlöses auch von den Erbschaftsgläubigern, die bezüglich des Nichtveräußerten vom beneficium separationis Gebrauch gemacht haben, in Anspruch genommen

[1]) Vgl. Seite 32.

werden können, aber in Konkurrenz mit den Gläubigern des Erben.

Beispiel: Die Nachlaßaktiven betragen 100 000, ebensoviel die Passiven. Gläubiger ist X. Zum Nachlasse gehört ein Grundstück, das der Erbe gutgläubig um 50 000 veräußert hat. Der Erbe hat außerdem noch 25 000 Aktiven, 75 000 Passiven. Gläubiger ist Y. X hat vom beneficium separationis Gebrauch gemacht. Er bekommt aus dem Nachlasse 50 000. Rücksichtlich der übrigen 50 000 seiner Forderung konkurriert er mit Y. Befriedigungsmittel sind Erlös aus dem erbschaftlichen Grundstücke = 50 000 und das nicht ererbte Aktivvermögen des Erben 25 000, Summe 75 000; die Restforderung des X beträgt 50 000; die Forderung des Y 75 000, Summe 125 000. X bekommt 30 000, auf Y entfällt 45 000.

Anders würde Ortmann[1]) in diesem Falle entscheiden. Durch erfolgte Confusion, führt er aus, soll der Erbe weder Vorteile noch Nachteile erhalten. Es wird so angesehen, als ob er bis zur erfolgten Separation zwei Vermögen unter gemeinsamer Verwaltung vereinigt hätte, die jetzt thatsächlich getrennt werden. Hat er also aus dem einen, dem erbschaftlichen Vermögen etwas veräußert oder sonst verwendet, so tritt auch das, was er dafür erhielt, notwendig in diese Masse ein und wird von der Separation mit ergriffen, soweit es noch vorhanden ist.

Daß diese Ansicht für das gemeine Recht nicht die herrschende ist, hiefür vergleiche eine Entscheidung des Reichsgerichts[2]), wo ausgeführt ist: Ein Rechtssatz des Inhaltes, daß im Konkurse statt einer im Falle ihres Vorhandenseins zu separierenden, aber bei Eröffnung des Konkurses nicht mehr vorhandenen Sache der daraus gezogene Erlös oder ihr Geldwert separiert werden könne, bestehe im gemeinen Rechte nicht.

In diesem Zusammenhange mag noch darauf hingewiesen werden, daß, wenn infolge thatsächlicher Vermischung der beiderseitigen Aktiven sich die Größe der Nachlaßaktiven nicht mehr ermitteln läßt, das Separationsrecht cessiert gemäß l 1 § 12 D 42,6 de separationibus: Praeterea sciendum est posteaquam

---

[1]) Ortman a. a. O. S. 312.

[2]) Abgedruckt in Seufferts Archiv, neue Folge, Band IX S. 284.

bona hereditaria bonis heredismixta sunt, non posse impetrari separationem: confusis enim bonis et unitis separatio impetrari non poterit.

Wir kommen mithin zu folgendem Resultat: Die Nachlaßgläubiger bleiben nach Paulus auf den Nachlaß beschränkt, so wie er sich darstellt zur Zeit der Konkurseröffnung über das Vermögen des Erben. Hatte der Erbe, bevor um Separation nachgesucht war, Nachlaßgegenstände vergeudet oder sonstwie bei Seite geschafft, so richtet sich seine Haftung nach den allgemeinen Grundsätzen, durch welche sich ein Schuldverhältnis zwischen zwei Personen ergibt, ganz abgesehen von seiner Qualität als Erbe. An Stelle des verschwundenen Nachlaßgegenstandes tritt die Forderung an das Vermögen des Erben unter dem Gesichtspunkte einer condictio sine causa des Nachlasses bezw., wenn wir den Erben als Verwalter fremden Vermögens betrachten, aus dem Gesichtspunkte der Haftung, welche sich aus der Verwaltung fremden Vermögens ergibt.

Voraussetzung jedoch für die Regelung der Rechtsverhältnisse des Nachlasses ist Eröffnung eines Separatkonkurses über denselben. Hievon ist des Näheren besser in anderem Zusammenhange die Rede [1]).

III.

Gestaltung des Rechtsverhältnisses nach der Reichs-Konkursordnung.

Im Vorhergehenden war unterstellt, daß der Erbe solvent, die Erbschaft jedoch insuffizient war. Nun soll das Rechtsverhältnis besprochen werden, wie es sich gestaltet, wenn auch der Erbe insolvent ist.

Maßgebend sind hier die §§ 43 und 57 der Reichs-Konkursordnung. Der § 43 lautet:

„Hat der Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Konkursverfahrens eine Erbschaft erworben, so können die Nachlaßgläubiger und Vermächtnisnehmer abgesonderte Befriedigung

[1]) Vgl. Seite 28 ff., insbes. S. 31.

aus den bei der Eröffnung vorhandenen Nachlaßgegenständen verlangen, soweit ihnen ein Absonderungsanspruch nach den Bestimmungen der Landesgesetze zusteht."

In diesem Paragraphen ist das Separationsrecht, wie es im gemeinen Rechte geregelt ist, aufrecht erhalten. Allerdings sei dieses Separationsrecht nach Ortmann[1]) derart durch den § 43 cit. abgeschwächt, daß man das reichsgesetzliche „Absonderungsrecht" gewissermaßen als ganz neues Rechtsgebilde bezeichnen könne. So spreche auch der Text des § 43 von den bei der Konkurseröffnung vorhandenen „einzelnen" Nachlaßgegenständen. Zwar würde dabei auf die einzelnen Landesgesetze verwiesen und die Geltung des Absonderungsrechtes von ihnen abhängig gemacht. Aber indem der § 43 die nähere Gestaltung des Rechtes als Absonderung einzelner Nachlaßsachen präzisiere, erkenne er auch die einzelnen Landesgesetze nur in soweit an, und derogiere wenigstens für den Fall des Konkurses ihren etwaigen weitergehenden Bestimmungen. Daher sei denn auch die völlige Aussonderung der Erbschaft, wie sie das gemeine Recht kenne, in soweit durch § 43 der Reichs-Konkursordnung und § 4 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung aufgehoben.

Diese Argumentation stützt sich auf den Wortlaut der Motive[2]): „Die Nachlaßsachen mögen geeigneten Falles in besonderer Verwaltung vereint werden; rechtlich bleiben es einzelne Sachen. Durch den vorbehaltlosen Erbschaftserwerb hat der Nachlaß den Charakter einer Vermögenseinheit verloren."

Allein an anderer Stelle führt der Verfasser der Motive[3]) aus, der Entwurf wolle ein Absonderungsrecht weder schaffen noch dasselbe exklusiv abgrenzen; die Anerkennung des Absonderungsanspruches habe zur Voraussetzung, daß ein solcher den Nachlaßgläubigern nach den Landesgesetzen zustehe.

Daraus geht doch zweifellos hervor, daß der § 43 cit. mit den Worten „soweit ihnen ein Absonderungsanspruch nach den Bestimmungen der Landesgesetze zusteht", sowohl den Bestand

---

[1]) Ortmann, a. a. O. S. 296 f.

[2]) Motive zum Entwurf der deutschen Reichs-Konkursordnung, S. 222/223, bei Hahn, Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, IV S. 213.

[3]) Motive S. 222, bei Hahn S. 212.

als den Umfang des Absonderungsrechtes von den Vorschriften des Landesrechtes abhängig gemacht hat.

Damit stimmt überein: Völderndorff, Kommentar, S. 552; Hullmann, S. 142; Wilmowski, Deutsche Reichs-Konkursordnung, S. 218.

Die Frage nun, ob die Erbschaftsgläubiger sich für den Ausfall, den sie erleiden, an der Konkursmasse des Erben als Konkursgläubiger beteiligen können, beantwortet der § 57 der Reichs-Konkursordnung, welcher lautet:

„Ein Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht, kann die Forderung, wenn der Gemeinschuldner auch persönlich für sie haftet, zur Konkursmasse geltend machen, aus derselben aber nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung verlangen, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, oder mit welchem er bei der letzteren ausgefallen ist."

Darüber ob der Gemeinschuldner persönlich haftet, oder nicht, entscheidet das außerhalb des Konkurses geltende bürgerliche Recht [1]).

Der § 57 verleiht einem solchen, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht, keine Rechte als Konkursgläubiger, wenn er diese nicht nach bürgerlichem Rechte hat. In dieser Lage befinden sich Nachlaßgläubiger, welche gemäß § 43 abgesonderte Befriedigung im Konkurse über das Vermögen des Erben erlangen, soferne das bürgerliche Recht Befriedigung aus diesem Vermögen versagt [2]).

Es kann hiegegen nicht eingewendet werden, daß diese gesetzliche Vorschrift als konkursrechtliche Norm aufgehoben sei. Daß man es hier nicht mit einer konkursrechtlichen Vorschrift zu thun hat, ergibt sich daraus, daß der Erbe den Erbschaftsgläubigern gegenüber frei wird, mag er solvent sein oder nicht. Die Einrede, welche dem solventen Erben aus der Geltendmachung des Absonderungsrechtes gegen die Forderungen der Erbschaftsgläubiger an ihn zusteht, muß auch im Konkurse wirksam sein. Der Erbschaftsgläubiger, welcher das Absonderungsrecht geltend

[1]) Wilmowski, S. 259.

[2]) Petersen und Kleinfeller, Kommentar zur Konkursordnung, S. 287.

macht, tritt nach gemeinem Rechte dem Erben gegenüber in das Verhältnis, wie wenn dieser mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hätte. Es ist zwar nicht zu verkennen, daß diese gemeinrechtliche Wirkung der Geltendmachung des Absonderungsrechtes sich mit der Vorschrift des § 57 cit. sehr nahe berührt [1]). Die Motive erwähnen in der Begründung des § 57 cit. diesen Grundsatz des gemeinen Rechts. Die Motive führen hier folgendes aus: Nach gemeinem Rechte werden die Separatisten betreffs ihrer Teilnahme an der gemeinen Masse mit Ungunst behandelt. Eo quod semel postulaverunt, stare debent. Erbschaftsgläubiger, welche die Separation der Erbschaft für sich beansprucht und aus ihr nicht vollständige Befriedigung erlangt haben, können sich an das eigene Vermögen des Erben nach l. 1 § 17, l. 5 de sep. 42,6 gar nicht, nach einzelnen Partikularrechten nur insoferne halten, als nach Berichtigung aller Schulden des Erben von dessen Vermögen etwas übrig bleibt. Allein damit ist in keiner Weise angedeutet, daß der Grundsatz des gemeinen Rechtes durch den § 57 modifiziert wird, und aus den Worten des Gesetzes „wenn der Gemeinschuldner persönlich für sie haftet" muß gefolgert werden, daß derselbe von dem § 57 nicht berührt wird.

Von dem Standpunkte der von uns vertretenen Ansicht des Paulus aus kann mithin von einem Rückgriff auf die Konkursmasse des Erben zweifellos nicht die Rede sein.

Stellt man sich jedoch bezüglich unserer Streitfrage auf den gegenteiligen Standpunkt Windscheids, so kommt in Frage, ob nach dem Rechte der Konkursordnung die separiert habenden Erbschaftsgläubiger im Konkurse des Erben den eigenen Gläubigern desselben zurückzustehen haben, wie Papinian entscheidet. Die Kommentatoren der Konkursordnung verneinen die Frage im Hinblick auf § 57 der Konkursordnung. So z. B. Wilmowski [2]): Die Nachlaßgläubiger sind nicht lediglich auf das Absonderungsrecht beschränkt; soweit sie auf Grund desselben nicht befriedigt werden, falls sie es überhaupt in Anspruch nehmen, können sie wie jeder Absonderungsberechtigte, nach § 57 ihre Forderung als Konkursforderung geltend machen, wofern der Erbe-Gemeinschuldner dafür persönlich haftet.

[1]) Sarwey, Kommentar zu § 57 K.-O.
[2]) Wilmowski a. a. O. S. 218.

Petersen-Kleinfeller[1]) führt aus: Daß Absonderungsberechtigte, welchen gar keine Forderung gegen den Gemeinschuldner zusteht, sondern nur eine zur Konkursmasse gehörige Sache für ihre Forderung gegen einen Dritten haftet, am Konkursverfahren nicht teilnehmen können, ist selbstverständlich. In dieser Lage finden sich Nachlaßgläubiger, welche gemäß § 43 abgesonderte Befriedigung im Konkurse über das Vermögen des Erben verlangen, soferne ihnen das bürgerliche Recht die Befriedigung aus diesem Vermögen versagt. Im gemeinen Recht ist die Frage bestritten. Mit den Schlußworten weist Kleinfeller auf die oben besprochene Kontroverse des gemeinen Rechtes hin und gibt damit implicite zu erkennen, daß nach seiner Meinung vom Standpunkte der Papinianschen Ansicht aus Rückgriff auf die Konkursmasse des Erbenvermögens anzunehmen ist.

Die Kommentatoren, welche dieser Ansicht huldigen, nehmen also an, daß die separiert habenden Erbschaftsgläubiger gleiche Rechte haben mit den eigenen Gläubigern des Erben, wenn es sich um Befriedigung aus dem eigenen, nicht ererbten Vermögen des letzteren handelt.

Es dürfte jedoch fraglich sein, ob das die Meinung des Gesetzgebers gewesen. Der Wortlaut des § 57 cit. spricht zwar dafür; denn dort ist lediglich vorausgesetzt, daß der Erbe persönlich haftet. Nun haftet zwar nach Papinian der Erbe den abgesondert habenden Erbschaftsgläubigern allerdings persönlich, allein — und das ist wesentlich — mit der Modifikation, daß den Erbschaftsgläubigern nur der nach Befriedigung der eigenen Gläubiger des Erben übrig bleibende Rest des Erbvermögens zur Disposition steht.

Es würde demnach, wenn man gleichrangige Befriedigung der Erbschaftsgläubiger mit den Gläubigern des Erben annehmen würde, das Separationsrecht der Erbschaftsgläubiger, wie es im gemeinen Rechte geregelt und im § 43 cit., wie oben erwähnt, aufrecht erhalten ist, seine Natur verändern und zu einem Vorzugsrechte werden rücksichtlich des ererbten Vermögens des Gemeinschuldners; es würde bei solcher Interpretation des

[1]) Petersen-Kleinfeller a. a. O.

§ 57 cit. der Gesetzgeber das, was er in § 43 als Grundsatz aufgestellt, durch den § 57 cit. wieder umstoßen.

Nun sagen aber die Motive zum Entwurfe der Konkurs-Ordnung ausdrücklich, und das ist auch von allen Kommentatoren anerkannt, daß der Anspruch auf Absonderung überhaupt wegfalle, soferne das Landesrecht nicht ein Absonderungsrecht, sondern ein Vorzugsrecht gewährt, und als Beispiel hiefür wird das Neuvorpommernsche Recht angeführt. Über die Natur dieses Neuvorpommernschen Separationsrechtes gibt uns eine Entscheidung des früheren Reichs-Oberhandelsgerichtes Aufschluß, wo ein Vergleich mit dem Separationsrechte des gemeinen Rechtes gezogen wird[1]). Während nach gemeinem Rechte, ist dort ausgeführt, die Erbschaftsgläubiger, welche von dem beneficium separationis Gebrauch machen, dadurch ihre Rechte auf Befriedigung aus dem eigenen Vermögen des Erben verlieren oder doch nach einer anderen Ansicht nur aus dem nach Befriedigung der eigenen Gläubiger des Erben verbleibenden Überschusse Befriedigung verlangen können, verlieren nach Neuvorpommernschen Rechte die Erbschaftsgläubiger dadurch nichts an ihrem Rechte auf Befriedigung aus dem Vermögen des Erben, dessen Haftung sich vielmehr nur durch die allgemeinen Grundsätze, namentlich, je nachdem cum beneficio inventarii angetreten ist oder nicht, bestimmt. Das Neuvorpommernsche Recht ist überhaupt kein eigentliches Separationsrecht, sondern nur ein Prioritätsrecht in dem über das Vermögen des Erben eröffneten Konkurse, jedoch nur auf die Höhe der Erbschaftsmasse; es werden nicht die bona, sondern nur die creditores separiert.

Aus der Schilderung des früher in Neuvorpommern geltenden Rechtes geht der Unterschied zwischen Absonderungsrecht und Vorzugsrecht hervor: Dem Absonderungsrechte liegt die Idee der Trennung (auch nach Papinian) des Erbenvermögens in zwei völlig selbständige, von einander unabhängige Massen zu Grunde, während das Vorzugsrecht die Idee der Einheit des Erbenvermögens zum Fundamente hat. Ähnlich präzisiert Sarwey[2]) den Unterschied. Er stellt das Absonderungsrecht

[1]) Entscheidungen des R.-O.-H.-G., VIII, S. 3 ff.
[2]) Sarwey, S. 261.

in Gegensatz zu den Vorzugsrechten, welche Befriedigung aus der Konkursmasse schlechthin, ohne Unterscheidung ihrer Teile gewähren. Das maius ist das Vorzugsrecht dem Inhalte nach, das minus das Absonderungsrecht. Das ist anerkannt von Hullmann, Kommentar zur Konkursordnung, Seite 182, welcher dort den Nachlaßgläubigern nur ein Absonderungsrecht, nicht ein Vorzugsrecht vindiziert.

Ein Vorzugsrecht haben einmal solche Kurrentisten, welche anderen Kurrentisten gegenüber ein privilegium exigendi haben, und das ist, wie wir gesehen haben, nach Neuvorpommernschem Rechte der Fall.

Dem hat auch das Mecklenburgische Recht Rechnung getragen und die Grundsätze des gemeinen Rechtes wieder zur Geltung gebracht, wie aus § 9 der Mecklenburgischen Verordnung zur Ausführung der Konkursordnung[1]) hervorgeht, welcher lautet:

Die Vorschrift vom 29. Januar 1646:

„Als Ihro fürstliche Gnaden auch weiteres befunden, daß zu mehrmalen bei Einholung ausländischer Fakultäten-Urteil sich begeben daß eines Teils Fakultäten oder Referendarii derselben die separationem creditorum et bonorum paternorum et creditorum et bonorum cedentis auf das quinquennium restringieren, solches aber alles der landesüblicher von undenklichen Jahren her gehaltener Observanz durchaus zuwider läuft.

Demnach wollen Ihro fürstliche Gnaden, daß fortmehr solche separatio bonorum ohngeachtet einiger Präscription in acht genommen und alle großväterliche creditores, sie seien Chirographarii oder Hypothekarii und konsequenter alle väterlichen creditores des cedentis creditoribus sowohl an Kapital als Zinsen sollen vorgezogen werden."

wird aufgehoben.

Das gemeinrechtliche Separationsrecht (beneficium separationis) der Nachlaßgläubiger findet auch im Falle des Konkurses

[1]) Regierungsblatt für das Großherzogtum Mecklenburg-Schwerin, 1879. Nr. 30.

über das Vermögen des Erben nach Maßgabe des § 43 der Konkursordnung Anwendung.

Ein Vorzugsrecht haben aber auch solche Konkursgläubiger, welche zunächst unter Ausschluß anderer Konkursgläubiger an bestimmten Vermögensgegenständen Rechte auf Befriedigung haben, an anderen Bestandteilen aber mit den anderen Konkursgläubigern gleichmäßige Befriedigung haben.

In solcher Lage würden sich die separierenden Erbschaftsgläubiger befinden, wenn man ihnen bei Befriedigung aus der Konkursmasse des Erbenvermögens gleiche Rechte mit den Gläubigern des Erben einräumen würde. Damit würde das Rechtsgebilde, wie es sich nach Papinian gestaltet, seines wesentlichsten Charakters entkleidet; denn dem Papinianschen Rechte ist die Postlokation der Erbschaftsgläubiger hinter die Gläubiger des Erben wesentlich, nicht aber Gleichrang derselben mit den Gläubigern des Erben. In diesem Gleichrang liegt der Vorzug, der, wie die Motive ausführen, nicht gerechtfertigt ist.

Das Papinianische Separationsrecht würde mithin, vorausgesetzt, daß man Nachlaßgläubiger und Gläubiger des Erben in gleichem Range lozieren würde, zu einem anderen Rechtsgebilde; es würde dann durch die Konkursordnung ein neues Absonderungsrecht geschaffen worden sein, trotzdem ausdrücklich in den Motiven zum Entwurf der Konkursordnung hervorgehoben ist, daß die Konkursordnung ein neues Absonderungsrecht weder schaffen noch dasselbe exklusiv abgrenzen wolle.

Mithin muß also auch vom Standpunkte Papinians bezw. Windscheids aus der Rückgriff auf das Vermögen des Erben, sofern dieser im Konkurse sich befindet, in unserer Streitfrage verneint werden.

Angesichts unserer Auffassung von dem Absonderungsrechte wirft sich die Frage auf, ob über den Nachlaß — seine Insuffizienz vorausgesetzt — ein Nachlaßkonkurs verhängt werden kann, und zwar ein Partikularkonkurs:

Dies führt dazu, den Unterschied zwischen Partikular- und Universalkonkurs darzuthun. Der erstere beruht auf der Idee der Trennung des Vermögens des Erben in zwei selbständige

Massen; er kann nur dann, wie Kohler[1]) ausführt, erfolgen, wenn die Haftungsverhältnisse des Vermögens einer Person nicht gleichartig sind; wenn also für gewisse Schulden ein bestimmtes Vermögen zum voraus haftet, sei es nun, daß den entsprechenden Gläubigern nur dieses Vermögen haftet — das ist der Fall nach Paulus —, das andere haftlos ist, sei es, daß diesen Gläubigern auch noch das andere Vermögen haftet, sie aber an dem bezeichneten Vermögen ein Vorausrecht haben — das ist nach Papinian der Fall. Allein es genügt nicht, daß Vorrechte an Vermögensstücken bestehen, um einen separaten Konkurs zu rechtfertigen. Einen solchen gibt es nur dann, wenn für eine Mehrheit solcher Vorausberechtigter eine soziale gleichheitliche Regelung ein Bedürfnis ist. Dieses Bedürfnis ist jedoch vorhanden, wenn die Erbschaftsgläubiger sich des beneficium separationis bedienen.

Dem Universalkonkurse liegt die Idee der Einheit des Erbenvermögens zu Grunde. Hier bildet das ganze Vermögen ohne Ausscheidung die gemeinschaftliche Befriedigungsquelle für alle Gläubiger.

Es kann vorkommen, daß ein Separatkonkurs entsteht ohne einen Generalkonkurs, weil das übrige Vermögen ausreicht, die übrigen Schulden zu decken, und nur die dem speziellen Vermögen aufliegenden, dem übrigen Vermögen fremden Schulden von dem Vermögen, dem sie aufliegen, nicht gedeckt werden.

Da, wie oben auseinandergesetzt, in der Separation die Folgen des Inventars enthalten sind, mithin der Fall, daß die Erbschaftsgläubiger separiert haben, dem Fall, wo der Erbe cum beneficio inventarii angetreten hat, in seinen Wirkungen gleichzusetzen ist, so gilt zweifellos für unseren Fall das, was die Motive S. 452 vom Benefizialerben sagen, auch vom Nichtbenefizialerben, nämlich die Trennung, welche alle Rechtssysteme zwischen dem Nachlasse und dem Vermögen des Benefizialerben, sowie zwischen den Nachlaßgläubigern und den Gläubigern des Erben aufstellen, sei so durchgreifend, daß es vollkommen gerechtfertigt sei, den Nachlaß als selbständiges Vermögensganzes und dessen bisherigen Träger, den Erblasser, als Gemeinschuldner zu betrachten.

---

[1]) Kohler, Lehrbuch des Konkursrechtes S. 80.

Das Gesetz selbst macht keinen Unterschied zwischen Benefizial- und Nichtbenefizialerben, sagt vielmehr im § 205 Abs. 1 K.-O., daß jeder Erbe zum Antrag auf Eröffnung des Konkurses berechtigt ist, so daß dieses Recht jedem Erben zusteht, der beschränkt oder unbeschränkt aus der Erbschaft haftet. Die Unterscheidung zwischen dem vorbehaltlosen und Benefizialerben, wie sie in den Motiven gemacht ist, hat im Gesetze keinen Ausdruck gefunden [1]).

Die Separation kann stattfinden, ohne daß das Erbvermögen insuffizient ist, während der Nachlaß insuffizient ist.

Nach früherem, gemeinem Rechte fand, wenn die Erbschaftsgläubiger vom beneficium separationis Gebrauch machten und es sich herausstellte, daß der Nachlaß insolvent war, selbst wenn eine Totalüberschuldung nicht vorhanden war, ein Partikularkonkurs statt [2]).

Auch nach jetzigem Rechte ist ein Nachlaßkonkurs möglich gemäß §§ 202—206 der Konkursordnung; denn für die Anwendung dieser Paragraphen ist der Konkurs über das Erbenvermögen keineswegs unerläßliche Voraussetzung. Nach § 203 setzt die Eröffnung des Konkursverfahrens die Überschuldung des Nachlasses voraus, und nach § 205 ist jeder Nachlaßgläubiger zum Antrage auf Eröffnung des Konkurses berechtigt, ebenso auch jeder Erbe.

Ist das Erbenvermögen insolvent, und schwebt über demselben der Konkurs, so kann — die Insuffizienz des Nachlasses vorausgesetzt — noch ein Spezialkonkurs bezüglich des Nachlasses stattfinden. Dies pflegt man allerdings nach Maßgabe des § 43 der Konkursordnung meist nicht anzunehmen. Vergl. hiezu die Motive zur Konkursordnung S. 222, bei Hahn, Materialien, S. 213, wo ausgeführt ist, daß nach dem System der deutschen Konkursordnung ein Partikularkonkurs nicht stattfindet, sondern durchweg nur das Verteilungsverfahren gemäß § 758 ff. C.-P.-O. Entgegengesetzter Meinung ist Kohler [3]). Nach ihm geht aus

---

[1]) Wolff, Das Absonderungsrecht im Konkurse, S. 505.

[2]) Vgl. hiezu v. Bayer, Theorie des Konkursprozesses nach gemeinem Rechte. München 1842, S. 55 ff.

[3]) Vgl. zum Ganzen J. Kohler, Lehrbuch des Konkursrechtes, S. 82 f.

§ 43 nur hervor, daß ein Partikularkonkurs nicht stattfinden muß, nicht aber, daß ein Partikularkonkurs nicht stattfinden kann Wenn ein oder mehrere Nachlaßgläubiger auf Grund der Separation einen Nachlaßkonkurs begehren, sofern nämlich auch der Nachlaß überschuldet ist, so ist nicht abzusehen, warum ein solcher verweigert werden soll. Wie sollen sonst die gemeinsamen Interessen der Absonderungsgläubiger berücksichtigt werden bezüglich der Veräußerung und Verwertung des Erbvermögens? Sollen die Absonderungsgläubiger innerhalb des Gesamtkonkurses ihre besondere Gläubigerversammlung bilden? Wie sollen Ansprüche, welche dem Nachlasse als solchem gegen den Erben zustehen, geltend gemacht werden? [1]).

Die Meinung, daß ein Partikularkonkurs in unserem Falle zulässig ist, finden wir neuerdings auch von Dernburg [2]) verfochten. Derselbe führt aus, die Separation habe zur Folge, daß der Nachlaß bezüglich der Nachlaßgläubiger so zu behandeln ist, wie wenn nicht angetreten wäre; daher könne die Anwendung von § 202 K.-O. nicht in Abrede gestellt werden.

IV.

Das bayerische Recht.

In Bayern richtete sich die Regelung unserer Frage bis zum Jahre 1879 nach den Bestimmungen der bayerischen Gerichtsordnung vom Jahre 1753. Diese regelte unsere Streitfrage im Sinne des Paulus. Vergl. G.-O. XX 17, Nr. 7: „Und wer nun mittels anbegehrter Separation das Seinige bei dem abgesonderten Vermögen nicht hat erlangen können, kann sich an das andere Vermögen nicht mehr halten, außer per viam restitutionis in integrum, wenn anderst die dazu behörige Requisita vorhanden sind."

Insbesondere griff nach der Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822 § 8 über den Nachlaß im Falle der Überschuldung ein Partikularkonkurs Platz:

---

[1]) Vgl. Text zu Seite 21.

[2]) Dernburg, Pandekten, 3. Auflage, III § 170 Anm. 9.

„Ein solcher Partikularkonkurs findet statt . . . . . 4. bei Erbschaften in Ansehung der Legatarii und Erbschaftsgläubiger, wenn die Erbschaft entweder noch gar nicht angetreten oder noch unverteilt ist; desgleichen, wenn sie nach angetretener Erbschaft innerhalb eines Jahres die Absonderung gerichtlich erlangt haben und erbschaftliche Stücke bei dem Erben noch in der Natur vorhanden sind."

Diese Bestimmungen wurden aufgehoben durch das Ausführungsgesetz zur Reichs-Civilprozeßordnung und Konkursordnung im Artikel 87. Der Kommentar v. Sarwey[1]) vertritt in seiner neuesten Auflage die Meinung, daß in Bayern die Vorschriften der bayerischen Gerichtsordnung von 1753 noch maßgebend sind.

Allein der zitierte Artikel 87, der eine völlige Regelung des Rechtes auf Absonderung des Nachlasses von dem Vermögen des Erben enthält, steht zu dem § 17 Kapitel XX der Gerichtsordnung vom Jahre 1753 im Verhältnis der lex posterior, und nach dem Grundsatze: lex posterior derogat priori ist an die Stelle der Bestimmungen der bayerischen Gerichtsordnung die Vorschrift des Artikel 87 des bayerischen Ausführungsgesetzes der Reichs-Civilprozeß- und Konkursordnung getreten.

Artikel 87 lautet:

„Nachlaßgläubiger und Vermächtnisnehmer können Absonderung der Nachlaßgegenstände von dem Vermögen des Erben zum Zwecke ihrer Befriedigung aus denselben verlangen, so lange die Nachlaßgegenstände gesondert verwaltet werden. Die Absonderung kann auch außer diesem Falle innerhalb eines Jahres nach dem Erbschaftsantritte verlangt werden, soweit die Nachlaßgegenstände noch bei dem Erben in Natur vorhanden und nicht mit seinem Vermögen in eine solche Verbindung gebracht sind, daß eine Absonderung unthunlich erscheint, oder soweit die Gegenleistung für veräußerte Nachlaßgegenstände noch aussteht.

Das Recht, Absonderung zu verlangen, steht jedem einzelnen Berechtigten zu; es geht verloren, wenn dieser den Erben als Schuldner annimmt."

---

[1]) Sarwey, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl., 1896.

Gegenstand der Absonderung ist der Nachlaß, soweit er zur Zeit der Absonderung noch vorhanden ist. Absatz 1 des Artikel 87 unterscheidet zwischen dem Falle, wo der Nachlaß gesondert verwaltet wird, und dem Falle, wo die Vereinigung des Nachlasses mit dem Vermögen des Erben thatsächlich erfolgt ist. Im ersteren Falle ist die Absonderung so lange zulässig, als die gesonderte Verwaltung dauert, und ergreift alle der gesonderten Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände, nicht bloß die ursprünglich vorhanden gewesenen, sondern auch diejenigen, welche an deren Stelle getreten sind. Im anderen Falle ist die Absonderungsberechtigung auf die Dauer eines Jahres nach dem Erbschaftsantritte beschränkt und können die in Natur bei dem Erben vorhandenen Nachlaßgegenstände nur in soweit abgesondert werden, als noch eine Ausscheidung aus dem Vermögen des Erben möglich ist, die Gegenleistung für veräußerte Gegenstände nur, soweit solche noch aussteht [1]).

Der Artikel enthält eine vollständige Regelung des Rechtes auf Absonderung des Nachlasses von dem Vermögen des Erben, ohne Rücksicht auf die Vermögenslage des letzteren, also ohne Unterscheidung, ob der Erbe noch zahlungsfähig oder im Konkurs befindlich ist [2]).

Hinsichtlich unserer Streitfrage enthält Artikel 87 cit. eine positive Bestimmung nicht. Die Motive führen zwar aus, durch die Geltendmachung des Absonderungsrechtes verliere der Berechtigte nicht die Befugnis, sich an das Vermögen des Erben zu halten. Im Falle des Konkurses könne er nach § 57 der deutschen Konkursordnung den Ausfall zur Konkursmasse geltend machen; außerhalb des Konkurses müsse ihm der Zugriff auf das Vermögen des Erben freistehen. Damit werde die entgegengesetzte Bestimmung der Gerichtsordnung beseitigt.

Eines ausdrücklichen Ausspruches hierüber bedürfe es nicht, vielmehr müßte der Verlust des Rechtes, den Erben in Anspruch zu nehmen, ausdrücklich bestimmt werden, wenn er beibehalten werden wollte.

---

[1]) Vgl. Verhandlungen des VIII. Ausschusses aus den Jahren 1878/79, Beilagen, Band V, S. 233 f.

[2]) Böhm, Das kgl. bayer. Gesetz vom 23. Februar 1879 zur Ausführung der Reichs-Zivilprozeßordnung und Konkursordnung, S. 147.

Allein die Motive haben keine Gesetzeskraft.

Aus den Worten: „Eines ausdrücklichen Ausspruches u. s. w." geht hervor, daß der Verfasser der Motive zum Entwurfe des bayerischen Ausführungsgesetzes der Ansicht ist, daß, da eine Absonderung an den einzelnen zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandenen Nachlaßgegenständen stattfindet, mithin eine völlige Absonderung nicht Platz greift, der Grundsatz über den vorbehaltlosen Erbschaftserwerb zur Anwendung kommen müsse, nämlich der Grundsatz der unbedingten Haftung des Erben für die Nachlaßschulden.

Damit stellt der Verfasser der Motive sich auf den Standpunkt Windscheids. Windscheid verficht aber die Ansicht, daß die Gläubiger des Erblassers bei der Befriedigung aus dem Vermögen des Erben den Gläubigern des letzteren nachzusetzen sind, so daß also nach bayerischem Rechte alles das gilt, was wir hinsichtlich des Papinianschen Absonderungsrechtes ausgeführt haben, insbesondere, daß bei Insuffizienz des Nachlasses und des Erbenvermögens letzteres den Gläubigern des Erblassers nicht zur Verfügung steht.

Dem Wesen nach erscheint trotz der Ausdrucksweise des Artikel 87 cit. der Nachlaß als eine Einheit, ein Sondervermögen; wenigstens deutet darauf der erste Satz des Artikel 87 hin, wo von der gesonderten Verwaltung des Nachlasses die Rede ist. So lange der Nachlaß aber gesondert verwaltet wird, ist er faktisch und rechtlich eine Einheit, ein Sondervermögen.

Und die Motive sprechen mit Rücksicht auf den ganzen Artikel davon, daß Gegenstand der Absonderung der Nachlaß ist; der Nebensatz „soweit er noch vorhanden ist" ist selbstverständlich. Auch nach gemeinem Rechte wurde der Nachlaß nur insoweit separiert, als er noch vorhanden war.

Würde man, der Ansicht des Verfassers der Motive folgend, eine unbedingte Haftung des Erben für die Nachlaßschulden statuieren, so würde die Rechtslage der Erbschaftsgläubiger sich in der Weise gestalten, daß ihrem Zugriffe zunächst die Erbschaftsgegenstände unterliegen würden unter Ausschluß der eigenen Gläubiger des Erben, während sie an dem nicht ererbten Vermögen des Erben mit den Gläubigern des letzteren gleichmäßige Befriedigung haben würden.

Es würde sohin in Gemäßheit des oben (S. 28) Ausgeführten das Rechtsgebilde des Artikels 87 zu einem Vorzugsrechte an dem Nachlasse werden und dann die Absonderung nicht stattfinden können, wenigstens nicht für den Fall des Konkurses über das Vermögen des Erben.

V.

Das bürgerliche Gesetzbuch.

Diese Arbeit bezweckte lediglich eine Darstellung des geltenden gemeinen Rechtes. Die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches sollen deshalb nur anhangsweise besprochen und die für unsere Streitfrage einschlägigen Vorschriften übersichtlich zusammengestellt werden.

A. Zunächst soll die Regelung der Schuldenhaftung des Erben im Allgemeinen besprochen werden.

Nach § 1967 Absatz 1 haftet der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten. Der Erbe wird danach persönlicher Schuldner aller Nachlaßverbindlichkeiten und kann, wenn der Nachlaß zur Befriedigung der Gläubiger ausreicht, diese niemals darauf verweisen, daß sie ihre Befriedigung nur aus den Gegenständen des Nachlasses suchen sollen; die Haftung des Erben stellt sich eben als eine persönliche dar. Allein das Gesetz geht davon aus, daß der Erbe gegen die Gefahr, mit seinem eigenen Vermögen für die Verbindlichkeiten eines überschuldeten Nachlasses zu haften, thunlichst geschützt werden solle. Deshalb bestimmt § 1975, daß die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten sich auf den Nachlaß beschränkt, wenn eine Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger (Nachlaßverwaltung) angeordnet oder der Nachlaß-Konkurs eröffnet ist.

Dieses Recht der beschränkten Haftung verscherzt sich der Erbe allen Nachlaßgläubigern gegenüber

1. durch Versäumung einer auf Antrag eines Nachlaßgläubigers von dem Nachlaßgerichte zu bestimmenden Frist, das Inventar zu errichten (§ 1994).

2. Im Falle böslichen Handelns, wenn der Erbe bei der Inventarerrichtung absichtlich eine erhebliche Unvollständigkeit der im Inventare enthaltenen Angabe der Nachlaßgegenstände herbeiführt oder in der Absicht, die Nachlaßgläubiger zu benachteiligen, die Aufnahme einer nicht bestehenden Nachlaßverbindlichkeit bewirkt, ferner wenn er der das Inventar aufnehmenden zuständigen Behörde die pflichtmäßige Erteilung der Auskunft verweigert oder absichtlich dieselbe in erheblichem Maße verzögert (§§ 2005 und 2003).

Gegenüber dem einzelnen Nachlaßgläubiger kann er das Recht auf beschränkte Haftung dadurch verlieren, daß er die Leistung des Offenbarungseides verweigert (§ 2006).

Das bürgerliche Gesetzbuch gibt dem Erben, der seine beschränkte Haftung geltend machen will, die Befugnis, die Anordnung einer Nachlaßverwaltung (§ 1981 Abs. 1) oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen gemäß § 205 [1]) der Reichs-Konkursordnung.

B. Nach dem bürgerlichen Gesetzbuche ist auch auf Antrag eines Nachlaßgläubigers die Nachlaßverwaltung anzuordnen, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Erben gefährdet wird (§ 1987 Abs. 2).

Diese Vorschrift schließt sich der Sache nach den Vorschriften des gemeinen Rechtes an, welches den Nachlaßgläubigern das Recht gewährt, zum Zwecke der Befriedigung aus der Erbschaft deren Absonderung von dem übrigen Vermögen zu verlangen, falls aus der Vermischung Nachteile für ihre Forderungen zu befürchten sind.

Den Nachlaßgläubigern steht also künftig zur Erreichung des Zweckes, welchem jetzt das beneficium separationis dient, der Antrag auf Anordnung einer Nachlaßverwaltung zu.

Nach dem jetzigen Rechte können die Nachlaßgläubiger ohne weiteres die Separation des Nachlasses beantragen und erwirken; nach dem künftigen Rechte müssen gewisse Voraussetzungen

[1]) § 205: Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist jeder Erbe oder Vertreter des Nachlasses und jeder Nachlaßgläubiger berechtigt.

gegeben sein; es muß eine Gefährdung der Befriedigung der Nachlaßgläubiger bescheinigt werden, und zwar muß diese Gefährdung in dem Verhalten oder der Vermögenslage des Erben begründet sein.

Stellt sich eine Überschuldung des Nachlasses heraus, so geht die Nachlaßverwaltung in den Nachlaßkonkurs über.

In beiden Fällen, sowohl im Falle der Nachlaßverwaltung als des Nachlaßkonkurses tritt eine Absonderung des Nachlasses von dem übrigen Vermögen des Erben ein, wie dies aus den §§ 1976, 1977 zu folgern ist, in welchen statuiert ist, daß die in Folge des Erbfalles durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen gelten. Der Nachlaß wird in der Hand des Erben als ein mit den Nachlaßverbindlichkeiten belastetes, von dem übrigen Vermögen des Erben getrenntes Vermögen behandelt. Damit kommt zum Ausdruck, daß die Absonderung nicht einzelne Stücke, sondern das ganze Vermögen ergreift. Die Idee der Trennung der beiden Vermögensmassen ist konsequent durchgeführt.

Die Nachlaßverwaltung, bezw. der Nachlaßkonkurs stellen sich als das Absonderungsrecht in seiner vollsten Entfaltung dar. Diese beiden Institute gewähren den Vorteil, daß an die Stelle des ungeordneten Vorgehens der einzelnen Nachlaßgläubiger ein regelrechtes, das Interesse aller Nachlaßgläubiger gleichmäßig wahrendes Verfahren tritt.

Auch hier ist wiederum ein Unterschied von der Gestaltung des Rechtsverhältnisses nach jetzigem gemeinen Rechte zu konstatieren.

Nach gemeinem Rechte kommt die Absonderung des Nachlasses nur denjenigen Nachlaßgläubigern zu gute, welche die Absonderung beantragt haben; wenn dagegen nach dem bürgerlichen Gesetzbuche die Nachlaßverwaltung angeordnet wird, so kommt dies allen Nachlaßgläubigern gleichmäßig zu gute, und eine Bevorzugung des Antragstellers findet nicht statt.

Da infolge der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder der Eröffnung des Nachlaßkonkurses die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten auf den Nachlaß beschränkt wird (§ 1975), so bestimmt im Interesse der Nachlaßgläubiger das Gesetz, daß der Erbe ihnen für die bisherige Verwaltung des Nachlasses wie der Verwalter eines fremden Vermögens verantwortlich ist, und

daß die aus dieser Verantwortlichkeit sich ergebenden Ansprüche gegen den Erben als zum Nachlasse gehörend angesehen werden (§ 1978).

Die Nachlaßgläubiger sind hienach von dem bürgerlichen Gesetzbuch sehr günstig gestellt im Vergleich z. B. zum bayerischen Rechte, da nach diesem das Absonderungsrecht sich nur auf diejenigen Nachlaßgegenstände erstreckt, welche zur Zeit der Antragstellung auf Separation, bezw. der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Erben noch vorhanden sind.

Das Prinzip der Trennung des Nachlasses von dem nicht ererbten Vermögen des Erben ist sogar konsequent für den Fall durchgeführt, daß der Erbe unbeschränkt haftet (die Fälle der unbeschränkten Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten siehe unter A).

Dieser Gedanke findet auch Ausdruck in dem § 204 Abs. 1 des Entwurfes zur Konkursordnung, welcher in Zukunft eine Bestimmung des Inhaltes enthalten soll, daß die Eröffnung des Konkursverfahrens über den Nachlaß dadurch nicht gehindert werden soll, daß der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet.

Das Recht der Nachlaßgläubiger hat mit dem Rechte des Erben auf beschränkte Haftung nichts zu thun, ist vielmehr von demselben völlig unabhängig. Denn wenn man den Nachlaßgläubigern an Stelle des Absonderungsrechtes die Befugnis erteilt, die Nachlaßverwaltung herbeizuführen, so kann eine derartige Befugnis nicht von dem Verhalten des Erben in Ansehung des Rechtes auf beschränkte Haftung abhängig sein.

Die [1]) rechtliche Gestaltung des Verhältnisses ist vielmehr die, daß die an sich mit dem Erlöschen des Rechtes auf beschränkte Haftung eintretende völlige Verschmelzung des Nachlasses mit dem Vermögen des Erben gegenüber den Nachlaßgläubigern nicht schlechthin Platz greift, der Erbe vielmehr auch nach dem Erlöschen jenes Rechtes auf beschränkte Haftung verpflichtet ist, den Nachlaß für den Fall, daß Konkurs über sein Vermögen ausbricht, nach Maßgabe des § 1978 zu ver-

[1]) Vgl. Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. V, S. 683.

walten, und wenn eine Nachlaßverwaltung angeordnet werden sollte, den Nachlaß, wie er sich nach den Grundsätzen des § 1978 gestaltet hat, insbesondere einschließlich der Surrogate herauszugeben.

Es ist nun noch die Rechtslage zu erörtern, die sich ergibt, wenn Nachlaßverwaltung, bezw. Nachlaßkonkurs und Konkurs über das Vermögen des Erben neben einander geführt werden und die beschränkte Haftung des Erben erloschen ist.

An sich würden in solchem Falle die Nachlaßgläubiger ihre Forderungen in beiden Massen zum vollen Betrage geltend machen können. Das bürgerliche Gesetzbuch enthält keine hier einschlägige Bestimmung. Bei solcher Regelung des Rechtsverhältnisses würden die Gläubiger des Erben benachteiligt werden und die Nachlaßgläubiger mehr erhalten als ihnen gebührt.

Diesem Ergebnisse vorzubeugen, ist der § 206 d des Entwurfes der Konkursordnung [1]) bestimmt. Dort ist auf den § 57 der Konkurs-Ordnung verwiesen. Danach regelt sich in Zukunft der von uns gesetzte Fall in der Weise, daß die Nachlaßgläubiger, denen der Erbe unbeschränkt haftet, im Konkurse über das Vermögen des Erben nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung erlangen können, für welchen sie auf Befriedigung aus der Nachlaßmasse verzichten, oder mit welchem sie bei der Befriedigung aus der Nachlaßmasse ausgefallen sind.

Zugleich werden die Vorschriften der §§ 88, 141, 143, 144, 155 Nr. 3 und 156 der Konkurs-Ordnung, welche die Forderungen betreffen, in Ansehung deren abgesonderte Befriedigung beansprucht werden kann, für entsprechend anwendbar erklärt. Daraus erhellt, daß der Nachlaßverwalter, bezw. der Verwalter des Konkurses über den Nachlaß die Aussonderung der zur Zeit der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Erben noch vorhandenen Nachlaßgegenstände verlangen und die

---

[1]) § 206 d Abs. 1: In dem Konkursverfahren über das Vermögen des Erben finden, wenn auch über den Nachlaß das Konkursverfahren eröffnet, oder wenn eine Nachlaßverwaltung angeordnet ist, auf Nachlaßgläubiger, denen gegenüber der Erbe unbeschränkt haftet, die Vorschriften der §§ 57, 88, 141, 143, 144 des § 155 Nr. 3 und des § 156 entsprechende Anwendung.

nach dem § 1978 des bürgerlichen Gesetzbuches entstandenen Verpflichtungen des Erben im Konkurse über dessen Vermögen geltend machen kann.

Zum Schlusse mag noch darauf hingewiesen werden, daß durch die Regelung unseres Rechtsverhältnisses in § 1981 Abs. 2 des bürgerlichen Gesetzbuches der § 43 der Konkursordnung überflüssig wird. Denn der Fall des § 43 ist in dem § 1981 Abs. 2 enthalten; wenn nämlich nach § 1981 Abs. 2 zur Anordnung der Nachlaßverwaltung eine Gefährdung der Nachlaßgläubiger genügt, welche in dem Verhalten oder der Vermögenslage des Erben begründet ist, so ist hierin zweifellos der Fall eingeschlossen, wenn der Erbe in Konkurs geraten ist.